Revista LTr. Vol. 52, nº 11, Novembro de 1988

Doutrina

PROTEÇÃO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA

OCTÁVIO BUENO MAGANO (*)

O preceito da nova Constituição em que se cuida expressamente da proteção devida à relação empregatícia encontra-se assim redigido: "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos."

A adequada interpretação desse preceito exige o esclarecimento prévio dos seguintes tópicos: 1) a indicação da "mens legislatoris"; 2) a elucidação sobre a eficácia do preceito; 3) a determinação do sentido de despedida não arbitrária; 4) a demarcação das sanções aplicáveis, para a hipótese de inobservância das limitações contidas no preceito em análise.

1. "MENS LEGISLATORIS"

O preceito em análise resultou de solução de compromisso entre os constituintes mais radicais, que queriam a consagração da estabilidade estrita, a partir do primeiro dia de trabalho, e aqueles, mais conservadores, que eram a favor da continuidade do direito potestativo de despedir, anteriormente conferido ao empregador. O "quid pro quo" do referido compromisso assim se explica: a) acolheram as forças conservadoras a eliminação da "denúncia vazia", relativamente ao contrato de trabalho; b) em compensação, admitiram os radicais que, em princípio, a sanção para a inobservância da limitação passaria a ser a indenização compensatória e não a reintegração no emprego.

2. EFICÁCIA

A nova Constituição consagrou o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos sociais (§ 1º, do artigo 5º). Contudo, sujeitou a eficácia de vários preceitos do capítulo respectivo à expedição de normas regulamentadoras, como sucedeu nos seguintes casos: a) o de indenização compensatória para despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I); b) o da outorga de seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário (art. 201, IV, c/c 59, das Disposições Transitórias); c) o da concessão de licença à gestante, com duração de 120 dias (arts. 201, III, c/c 59 das Disposições Transitórias); d) o da licença-paternidade (arts. 59 c/c 10, § 1º, das Disposições Transitórias); e) o da assistência gratuita aos filhos e dependentes de trabalhadores, em creches e pré-escolas (arts. 201, IV, c/ 59, das Disposições Transitórias); f) o destinado a proteger o trabalhador em face da automação (art. 7º, XXVII); g) o alusivo ao acidente do trabalho (arts. 201, I, c/c 59, das Disposições Transitórias); h) o que limita a greve nas atividades essenciais (art. 9º, § 1º).

Por outro lado, o Constituinte não proveu certos outros dispositivos, do capítulo concernente aos direitos sociais, de elementos suficientemente esclarecedores, quanto ao modo de serem executados, tolhendo, assim, a possibilidade de sua aplicabilidade imediata. Numa linguagem figurada, pode-se dizer que algumas normas se confeccionaram como cadeiras de duas pernas, a exigir atividade regulamentadora do legislador ordinário, a fim de se porem de pé, tornando-se aplicáveis. Foi o que se deu nas seguintes hipóteses: a) na da que estende o FGTS a trabalhadores rurais e a empregados urbanos não optantes; b) na da relativa à adoção de novos critérios para a fixação do salário-mínimo; c) na da referente à fixação de pisos salariais (salários profissionais); d) na da que estabelece a participação em lucros; e) na da que promete às mulheres proteção ao respectivo mercado de trabalho; f) na da que institui aviso prévio proporcional ao tempo de serviço do empregado; g) na da que cria a figura da atividade penosa.

Mas, como explicar que os preceitos acima arrolados refujam à regra da aplicabilidade imediata?

A explicação é simples. A todas as regras de direito social foi atribuída aplicabilidade imediata. Contudo, força é reconhecer que nem todas possuem o mesmo grau de eficácia. Algumas nascem, desde logo, completas, mostrando-se aptas a reger todas as situações concretas, correspondentes à respectiva "facti species". É o caso, por exemplo, da norma constitucional que fixou em cinqüenta

(*) Octávio Bueno Magano é Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

por cento, no mínimo, o adicional de horas extraordinárias. Outras, ao contrário, só possuem aplicabilidade imediata, de caráter negativo, isto é, no sentido de invalidarem normas legais anteriores ou procedimentos com elas incompatíveis. Esse é bem o caso da regra sobre garantia de emprego. Não há dúvida de que a sanção, para os empregadores responsáveis por despedimentos arbitrários, só será aplicável depois de editada lei complementar sobre o assunto. Todavia, o princípio proibitivo de despedidas arbitrárias terá aplicabilidade imediata, desde a data da promulgação da Constituição. Isso quer dizer que, a partir de então, ninguém poderá atuar contrariamente a esse padrão de conduta.

A doutrina moderna é muito clara e convergente, a respeito desse ponto. Zagrebelsky, por exemplo, preconiza: "l'immediata efficacia di tutte le disposizioni costituzionali almeno per quel che riguarda la loro efficacia invalidante." (1) José Afonso da Silva é ainda mais elucidativo, dizendo: (as normas programáticas de eficácia limitada) "se (...) **impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos,** privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo; imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia reduzida, mas sempre imperatividade." Por outro lado, continua o citado autor — "esse comportamento e comando, delas resultantes, criam uma situação, não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, ainda que diminuta, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em condições de se beneficiarem com a vantagem de sua aplicação e observância." (2)

3. DESPEDIDA NÃO ARBITRÁRIA

A regra, consoante a qual a relação de emprego deve ficar protegida contra despedida arbitrária, ou sem justa causa, impõe claros limites à autonomia dos empregadores, no que toca à rescisão do contrato de trabalho de seus empregados. A partir da vigência da nova Constituição, só poderão despedi-los, quando fundados em razões objetivas; arbitrariamente não mais.

Dir-se-á que, no ítem I, do artigo 7º, da Constituição, fala-se expressamente em relação de emprego protegida (...), nos termos de lei complementar. Contudo, a leitura atenta do texto revela que a lei complementar deverá ser editada apenas para dispôr sobre as sanções aplicáveis, nas hipóteses de infringência à proteção constitucional. Confira-se: "relação de emprego protegida (...), nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória..." Quer isso dizer que a lei complementar não deverá surgir para tornar exeqüível os conceitos de despedida arbitrária ou sem justa causa, mas tão somente a fim de regular a indenização compensatória, no caso de a rescisão contratual verificar-se sem observância das limitações constitucionais.

Tanto mais se reforça a conclusão nesse sentido quanto é certo que os conceitos de despedida arbitrária e sem justa causa prescindem de esclarecimentos complementares por parte do legislador ordinário. O conceito de justa causa encontra-se, com efeito, sedimentado em nosso Direito por um sem número de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, exteriorizando-se as suas principais configurações concretas na relação constante do artigo 482, da Consolidação das Leis do Trabalho, onde se fala de improbidade; mau procedimento; negociação habitual; desídia; violação de segredo; indisciplina; abandono de emprego, etc. A alusão do texto à despedida arbitrária traduz movimento do Constituinte, no sentido da maior flexibilização de nosso direito e conseqüente aproximação das regras sobre cessação do contrato, do modelo adotado por vários países da Europa Ocidental, cuja caracterização esquemática corresponde ao postulado de que a rescisão contratual justificada não compreende exclusivamente as dispensas disciplinares, de conteúdo moral (justas causas), (3) mas também as efetivadas, sem arbítrio, porque fundadas em razões sociais relevantes, de caráter econômico ou técnico. Assim, por exemplo, no Direito alemão, a terminação do contrato justifica-se tanto na hipótese de motivos ligados à conduta do empregado (justa causa), quanto na de motivos socialmente relevantes, como retração grave de mercado, falta de matéria-prima; insuficiente fornecimento de energia; racionalização; introdução de equipamentos de maior produtividade; alteração de métodos de produção, etc. (4) Na França, faz-se a mesma distinção entre motivos pessoais, ligados à conduta do empregado (justa causa) e motivos de ordem econômica. Referindo-se aos últimos, escreve Gérard Lyon-Caen: "Serait ainsi licenciement, pour cause économique, tout licenciement qui ne trouverait pas sa source dans une cause personnelle et qui serait justifié, soit par des raisons conjoctu-

---

(1) Zagrebelsky, G., Manuale di Diritto Costituzionale, Torino, UTET, 1987, p. 104.

(2) Aplicabilidade das Normas Constitucionais, São Paulo, RT, 1982 p. 137.

(3) "A articulação entre os conceitos de infração disciplinar e de justa causa, então acidental, tornou-se essencial com a LDesp. Daí a deslocação do problema da determinação da justa causa, para o terreno da valoração disciplinar." (Fernandes, Antonio de Lemos Monteiro, Noções Fundamentais de Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, 1981, vol. I, p. 320).

(4) Gres, Joachim e Jung, Harald, Handbook of German Employment Law, Frankfurt, Alfred Metzner, 1983, p. 73.

relles (pertes), soit par des raison structurelles (modernisation du matériel, méthodes de fabrication, concentration)." (5) Na Espanha, existem as seguintes modalidades de despedimentos: o disciplinar (justa causa); o motivado por circunstâncias objetivas (falta de aptidão do trabalhador; o decorrente de causas econômicas e tecnológicas; e o derivado de força maior. (6) Referindo-se aos da penúltima espécie, explica Montoya Melgar que "causas tecnologicas e economicas constituyen estados de perturbación económica que afectam a las empresas bien a consecuencia de la inflexión de los ciclos macroeconómicos (depresiones y recesiones, inflaciones, etc), bien del proprio desarrollo económico (cambios teconologicos, cambios de orientación del consumo, etc.) bien de insuficiencias economicas concretadas a la empresa (**disminución de la demanda**, dificultades de producción, ventas o distribución, problemas de liquidez y tesoreria, etc." (7) — Em Portugal, os despedimentos são possíveis ou com fundamento em justa causa, ou em virtude da redução de pessoal determinada por motivos estruturais, tecnológicos ou conjunturais. (8)

A análise dos diversos modelos referidos acima confirma que, neles, a despedida arbitrária deixa de se configurar não apenas em face da justa causa (despedida disciplinar) mas, também, de outros fatos socialmente relevantes, de natureza econômica ou técnica.

Os modelos jurídicos acima descritos, já se haviam anteriormente refletido no artigo 165, da Consolidação das Leis do Trabalho, onde se lê: "Os titulares de representação dos empregados na Cipa(s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro."

Ficou claro, nesse preceito, que os motivos justificativos da dispensa de cipeiros não haveriam de ser exclusivamente os de natureza disciplinar (justa causa), mas, também, os de caráter técnico, econômico ou financeiro.

Como se vê, tanto o Direito Comparado, como o nosso próprio Direito, mostram correlação manifesta entre a expressão despedida arbitrária e a despedida baseada em motivos de caráter técnico, econômico ou financeiro. Deriva daí que, aludindo o constituinte à proibição da despedida arbitrária, deixou implícito que esta não se caracteriza como tal quando motivada por razões de caráter técnico, econômico ou financeiro.

Espanca-se, assim, a possibilidade de que, à luz do novo texto constitucional, considere-se como justificada tão somente a despedida fundada em justa causa. Aliás, referindo-se o constituinte, no mesmo preceito, à despedida arbitrária e à despedida sem justa causa, força é concluir que desejou aludir a duas categorias diferentes de fatos, conclusão inafastável ante a consideração de que a lei não pode conter palavras inúteis.

Em síntese, quando o constituinte alude à justa causa, quer significar quebra de padrão esperado de conduta do empregado; quando se refere à despedida arbitrária, quer dizer atuação do empregador não amparada em razão objetiva, de ordem técnica, econômica ou financeira.

Sendo este o sentido translúcido da primeira parte do preceito constitucional, aqui em foco, é óbvio que a sua eficácia não fica na dependência de lei regulamentadora. Esta, sob a forma de lei complementar, só será necessária para disciplinar a indenização compensatória e outros direitos, exigíveis, na hipótese de inobservância por parte do empregador do padrão de conduta indicado na primeira parte do preceito.

Nesta altura, obtemperar-se-á: como sustentar a eficácia de um segmento apenas de norma jurídica, negando-se aplicabilidade ao outro?

Explica-se isso com base no entendimento cediço de que, na estrutura da norma jurídica, distinguem-se duas partes: a primeira, também chamada de norma secundária, onde se estipula determinado padrão de conduta (não despedir arbitrariamente ou sem justa causa); a segunda, denominada norma primária, onde se estabelece sanção (indenização compensatória) para a eventual violação do referido padrão de conduta. (9)

A parte do preceito constitucional em tela, em que se fala de sanção (norma primária), não terá eficácia imediata, tendo ficado condicionada à elaboração de lei complementar. Enquanto esta não for promulgada, aplicar-se-á, provisoriamente, outro tipo de sanção, a saber, a prevista no artigo 10, das Disposições Constitucionais Transitórias, onde se lê o seguinte: "artigo 10º — Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição: I — fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no artigo 6º, "caput", e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; II — fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa."

---

(5) Lyon-Caen, Gérard, Manual de Droit Social, Paris, LGDJ, 1987, p. 130.

(6) Montoya Melgar, Alfredo, Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, 1984, p. 443.

(7) Ob. cit., p. 463.

(8) Moura, José Barros, Compilação de Direito do Trabalho, Coimbram Almedina, 1980, p. 208.

(9) Kelsen, Hans, Teoria General del Derecho y del Estado, México, Imprensa Universitária, 1949, p. 62.

A leitura desse preceito confirma tudo aquilo que dissemos antes, a saber: I — o que se limita na abrangência do artigo 7º, I, é o seu revestimento protetor, proteção que, ao invés de consistir, desde logo, em indenização compensatória, será provisoriamente, a do adicional do FGTS, elevado à quarta potência; II — o que se garante, de imediato, é a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Ora, a interdição, já em vigor, da despedida arbitrária ou sem justa causa, implica a admissibilidade da rescisão contratual estribada em justa causa ou em razão objetiva, não arbitrária, sem sujeição a qualquer sanção.

Com maior precisão, assevera-se não ficar sujeita ao pagamento do adicional do FGTS, elevado à quarta potência, nem o empregador que dispensa o empregado incidente em falta grave nem o empregador que o despeça esteado em razão objetiva, de caráter técnico, econômico ou financeiro.

Não se sujeita o empregador, que assim proceda, ao pagamento do adicional do FGTS, ao nível de 40%, e muito menos, ao nível de 10%, porque, nesse último nível, o mesmo adicional deixou de existir, desde o advento da nova Constituição.

— Mas, quais, exatamente, as razões objetivas com base nas quais, poderá o empregador despedir o empregado, sem se obrigar ao pagamento do adicional de 40%, do FGTS?

— Como já se disse antes, razões de natureza técnica, econômica ou financeira.

— Concretamente, quais seriam as razões de natureza econômica justificativas de despedimentos?

— Certamente a caracterização delas não corresponde ao conceito de força maior, de caráter acentuadamente restritivo, e, em cujo âmbito, não se inserem crises financeiras geradas por política governamental; nem retrações cíclicas do mercado consumidor; nem necessidades de reorganização empresarial; mas apenas fatos necessários cujos efeitos fora impossível prevenir ou evitar, como, por exemplo, as inundações, os terremotos, os furacões, etc.

Fatos econômicos justificadores de despedimentos são, ao contrário, os relacionados com a atividade da empresa, depurados de arbítrio. (10)

Considerando-se as indicações do Direito Comparado, poderão ser concretamente inseridas, na categoria aludida, as seguintes situações: baixa sensível de encomendas; dificuldades financeiras; transferência de atividades; alterações de estruturas jurídicas; supressão ou transformação de cargos, etc. (11)

Em qualquer das situações apontadas, o empregador estará confrontando com fatos objetivos, sem ranço de arbítrio, e que o autorizarão a efetivar despedimentos, excluída a obrigatoriedade do pagamento do adicional de 40%, concernente ao FGTS.

4. SANÇÕES APLICÁVEIS

A sanção, por excelência, para a hipótese de inobservância das limitações impostas ao direito de dispensa é a da indenização compensatória. Contudo, para situações especiais, como, por exemplo, a do dirigente sindical, outra sanção poderá ser cominada, "verbi gratia", a de reintegração no emprego, como, aliás, já ficou estabelecido, no item VII, do artigo 8º, da Constituição. Das disposições transitórias, que a complementam, consta, ademais, que o empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes deverá ser também aquinhoado com estabilidade, desde o registro de sua candidatura, até um ano após o final de seu mandato (art. 11, II, "a"). O mesmo benefício atribuiu-se à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Até o advento de lei complementar, que trace os contornos da indenização compensatória, referida no item I, do artigo 7º da Constituição, a sanção, por excelência, para despedidas imotivadas é a do adicional de 40% do FGTS. A aplicação dessa sanção para empregados urbanos, já vinculados ao FGTS, não suscita maiores dificuldades: deve incidir sobre o total dos depósitos existentes na conta vinculada do empregado despedido, a partir do início do respectivo contrato de trabalho. Configurando-se culpa recíproca ou força maior, o valor em causa passa a ser de 20%. O que dizer porém do trabalhador rural e do empregado urbano, em nome dos quais inexistem depósitos relativos ao FGTS?

Uma solução seria a de converter a indenização por tempo de serviço, que lhes era potencialmente devida, nos termos do artigo 477, da CLT, em depósitos fundiários. Mas isso, obviamente, depende de lei regulamentadora. Enquanto

---

(10) Antunes, Carlos Alberto Lourenço e Guerra, Amadeu Francisco Ribeiro, Despedimentos, Coimbra, Almedina, 1984, p. 220.

(11) Moderne, Franck, "Les licenckements pour motif économique et le juge administratif: ou en est-on?"; in Droit Social, n.º 2, Fevrier 1978, p. 41. Jeammaud, "La notion de licenciement pour motifs économiques"; "in" Droit Social, n.º 3, Mars, 1981, p. 279. Moderne Franck, "L'ambiquite de la notion de licenciement économique dans la jurisprudence administrative", "in" Droit Social, n.º 12, Decembre 1985, 823. Audibert, "La jurisprudence administrative en matière de licenciements pour motif économique des salariés non protégés"; "in" Droit Social, n.º 11, novembre 1983, p. 610.

esta não advier, para se evitar, há de se entender o vácuo normativo que, sendo os referidos trabalhadores imotivadamente dispensados, fazem jus ao recebimento da indenização do já citado artigo 477, da CLT.

5. CONCLUSÕES

A parte enunciativa do item I, do artigo 7º, da nova Constituição já se encontra em vigor, o que significa o banimento da "denúncia vazia", no que concerne ao contrato de trabalho. Contudo, desde 5 de outubro de 1988, a dispensa pode licitamente ocorrer não só em virtude de falta grave do empregado, mas também quando fundada em fato social relevante, de natureza técnica ou econômica. A sanção, por excelência, para as dispensas efetivadas com inobservância das apontadas limitações constitucionais, será a de indenização compensatória. Para situações particulares, como a do representante sindical, será de reintegração no emprego. Enquanto não advier lei complementar, regulando a compensação compensatória, a sanção, por excelência, para despedidas imotivadas, será a do adicional de 40%, do FGTS.

São Paulo, 24 de outubro de 1988.